

La responsabilità civile della p.a. con particolare riferimento alla violazione dell'art. 3, legge 9 agosto 1990, n. 241: il rinvio pregiudiziale della Corte dei Conti- Sez. Giurisd. per la Regione Sicilia-Palermo, ord. n. 330/2010, 28 settembre 2010 sulla compatibilità della c.d. motivazione postuma rispetto al diritto comunitario.

La responsabilità civile della p.a. per violazione di interessi legittimi è stata a lungo al centro di ampi dibattiti sia in dottrina sia in giurisprudenza. In effetti, sino al centrale *revirement* della Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 500/1999, la giurisprudenza, in contrasto con la più attenta dottrina, riteneva che non potesse dar luogo a risarcimento il danno la lesione di interessi legittimi. Tale impostazione ermeneutica trovava fondamento in una lettura restrittiva dell'art. 2043 c.c. A tale proposito si affermava, infatti, che affinché potesse operare la clausola generale in materia di responsabilità aquiliana era necessario l'accertamento di una condotta *non iure*, quindi non consentita dall'ordinamento o scriminata dallo stesso e *contra ius*, quindi lesiva di un diritto soggettivo perfetto. L'interesse legittimo, quale posizione giuridica autonoma e differenziata, tutelata dall'ordinamento solo in via indiretta e mediata, poteva trovare tutela risarcitoria solo a seguito della riespansione dello stesso a seguito dell'annullamento dell'atto illegittimamente posto in essere dalla p.a. E' evidente che tale impostazione poneva il cittadino leso nella condizione di dover affrontare estenuanti iniziative giudiziarie prima di vedersi risarcito il danno subito, rivolgendosi dapprima al g.a. per l'annullamento dell'atto e, successivamente, al g.o. per il risarcimento. Sul punto, come si è precisato, sono intervenute le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, le quali, con la fondamentale pronuncia citata, hanno superato il tradizionale orientamento affermando che non è corretto interpretare l'art. 2043 quale norma che assicura il diritto al risarcimento ai soli diritti soggettivi perfetti intervenendo, quindi, quale norma secondaria. Al contrario, continua il giudice di legittimità, la disposizione richiamata è volta ad assicurare ristoro ogniqualvolta risulti accertato il danno eziologicamente derivante da una condotta lesiva di un interesse giuridicamente rilevante per l'ordinamento, senza che alcuna importanza possa assumere la qualificazione giuridica dello stesso in termini di diritto soggettivo ovvero di interesse legittimo. Quest'ultimo, infatti, lungi dall'essere qualificabile in termini di maggiore o minore meritevolezza di tutela, deve semplicemente essere inquadrato quale posizione giuridica, senza dubbio differente dal diritto soggettivo, ma ugualmente meritevole di protezione in quanto rilevante per l'ordinamento. La nuova impostazione fatta propria dalla Suprema Corte di legittimità fu accolta dal plauso della dottrina, anche perché era l'unica che poteva rendere coerente l'ordinamento nazionale con quello comunitario, ove la *summa divisio* tradizionalmente accolta nel nostro ordinamento risulta

completamente priva di ogni giuridica rilevanza. Individuato il fondamentale pronunciamento del giudice di legittimità che ha aperto le porte alla risarcibilità degli interessi legittimi, occorre completare le premesse individuando i principali problemi applicativi che ne derivano. Il riferimento è , *in primis*, al *modus operandi* del riparto giurisdizionale.

Al momento dell'emanazione della sentenza n. 500/1999 il dato normativo conduceva all'obbligata soluzione in virtù della quale laddove il cittadino avesse richiesto l'annullamento dell'atto si sarebbe dovuto rivolgere al g.a., laddove, invece, avesse chiesto il risarcimento del danno, il giudice della tutela sarebbe stato individuabile nel g.o. A tale meccanismo facevano eccezione le materie di cui all'art. 35, D.Lgs. 80/1998, il quale disponeva che nelle materie assegnate alla giurisdizione esclusiva del g.a., lo stesso provvedeva anche in ordine al risarcimento del danno sia per equivalente sia in forma specifica. Senonché, la norma citata venne dichiarata incostituzionale per eccesso di delega, di conseguenza, in ogni causa relativa al risarcimento del danno il giudice da adire era comunque quello ordinario. La soluzione, pur avversata dalla dottrina in quanto riportava il sistema del riparto di giurisdizione al criterio del *petitum*, al contrario di quanto affermato sin dal 1949 dalle Sezioni Unite, era l'unica sostenibile alla luce dal dato normativo vigente. A fronte di tale panorama giurisprudenziale si rese improcrastinabile l'intervento del legislatore, il quale, con la legge 205/2000 intendeva, tra l'altro, risistemare il processo amministrativo alla luce dei nuovi *dicta* della giurisprudenza. Al fine di assicurare l'effettività della tutela, nonché di dare applicazione al principio di economia processuale, la citata legge attribuiva al g.a. la giurisdizione relativa alle controversie risarcitorie consequenziali, sia nell'ambito della giurisdizione esclusiva sia in quello della giurisdizione di legittimità. L'importanza dell'intervento normativo, pur evitando il perpetrarsi di alcuni contrasti in seno alla giurisprudenza, non dette chiara ed univoca risposta ad una delle questioni più controverse, ossia la questione della cosiddetta pregiudizialità amministrativa. Sul punto si è negli anni registrato un importante contrasto tra l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e le Sezioni Unite della Corte di Cassazione. Secondo il massimo consesso della giustizia amministrativa, infatti, pur essendo ormai riconosciuta la risarcibilità degli interessi legittimi, non poteva affermarsi la possibilità in capo al privato di avanzare una domanda risarcitoria prescindendo completamente dall'impugnazione dell'atto legittimo; a tale conclusione si giungeva sulla base di una serie di argomentazioni, sulle quali non si ritiene opportuno soffermarsi in tale sede, di natura storica, letterale e sistematica. Ad approdi completamente opposti giungeva invece la Suprema Corte di Cassazione, la quale, fornendo una lettura costituzionalmente orientata del panorama normativo, affermava la risarcibilità dell'interesse legittimo, senza che alcuna rilevanza potesse attribuirsi alla previa impugnazione dell'atto.

Laddove il g.a. non avesse proceduto in tal senso, la sentenza sarebbe stata impugnabile innanzi al giudice della nomofilachia per diniego di giurisdizione, ai sensi dell'art. 362, co.1 c.p.c.

Lo storico contrasto è stato da ultimo risolto al legislatore, il quale ha fatto proprio l'orientamento della Suprema Corte. Il Dlgs. n. 104/2010 (Codice del processo amministrativo), all'art. 30, prevede la possibilità di agire, senza previamente esperire ricorso ai fini dell'annullamento dell'atto, per il risarcimento del danno. In tale sede, tuttavia, il Dlgs. 104/2010, al fine di garantire un adeguato contemperamento tra le istanze di tutela dei privati nei confronti della p.a. e quelle di certezza e stabilità dell'azione amministrativa, ha stabilito che l'azione risarcitoria dovrà essere promossa entro il termine di 120 giorni dalla realizzazione del fatto lesivo ovvero dalla conoscenza dell'atto. Il legislatore chiarisce altresì che in ogni caso il giudice potrà valutare il mancato esperimento delle ulteriori tutele offerte dall'ordinamento ai sensi dell'art. 1227 c.c. Il comma 4 dello stesso art. 30, infine, prevede la possibilità di chiedere il risarcimento, successivamente alla pronuncia di annullamento, entro 120 giorni dalla formazione del giudicato.

Analizzata, seppur schematicamente, la linea evolutiva del risarcimento del danno per la lesione dell'interesse legittimo, occorre concentrare l'attenzione sulla specifica ipotesi della risarcibilità del danno derivante da un atto viziato per carenza o difetto di motivazione.

La motivazione del provvedimento amministrativo, la cui mancanza veniva tradizionalmente qualificata in termini di vizio di eccesso di potere, ha trovato esplicita menzione nella legge 9 agosto 1990, n. 241, come modificata dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15, all'art. 3. Come ha da tempo rilevato la più autorevole dottrina, la motivazione dell'atto amministrativo assume una rilevanza centrale ai fini della formazione di un corretto rapporto tra cittadino e p.a. Laddove, infatti, un atto risulti congruamente motivato, il privato potrà essere reso edotto, come dispone lo stesso art. 3, l. 241/1990, dei presupposti di fatto e delle ragioni di diritto che hanno condotto la p.a. a decidere in un senso piuttosto che in un altro alla luce delle istanze istruttorie. Il principio della necessità della motivazione dell'atto amministrativo rinviene altresì il proprio fondamento giuridico nei principi di diritto comunitario. In effetti, l'obbligo di motivazione viene esplicitamente individuato dal legislatore sovranazionale all'art. 296 TFUE e ribadito dalla Carta sui diritti fondamentali dell'Unione europea come diritto ad una buona amministrazione all'art. 41 comma 2 lett.c), in cui è previsto l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni. Si ricorda, a tale proposito, che con il Trattato di Lisbona è stato riconosciuto alla Carta sui diritti fondamentali rango pari a quello dei trattati istitutivi (art. 6, par. 1 TUE). Il legislatore interno, ribadendo la primazia del diritto comunitario sul diritto nazionale, ha disposto, all'art. 1, co. 2 della l. 241/1990, che *“l'attività amministrativa persegue i fini*

determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”.

Chiarita la *ratio* ed il fondamento giuridico dell'obbligo motivazionale posto a carico della p.a., occorre sottolineare che dallo stesso derivano alcune conseguenze che sono ben lontane dal rimanere nell'ambito di una rilevanza meramente teorica. In primo luogo, infatti, il privato, solo alla luce della motivazione adottata dalla p.a. potrà valutare con la dovuta consapevolezza l'opportunità di adire l'autorità giudiziaria o meno, potendo individuare con precisione la sussistenza dei necessari presupposti in tal senso. A questo proposito si ritiene rilevante porre l'attenzione su una questione, non risolta unanimemente dalla giurisprudenza, ma di notevole interesse ai fini dell'effettiva realizzazione degli obiettivi sottesi all'inserimento dell'art. 3, l. 241/1990 nel nostro ordinamento. La questione alla quale si fa riferimento è quella relativa alla decorrenza del termine di decadenza di sessanta giorni laddove la motivazione non sia contestuale all'emanazione dell'atto adottato. Secondo un primo orientamento il termine decorrerebbe in ogni caso dal momento dell'emanazione dell'atto, potendosi semmai proporre motivi aggiunti a seguito dell'avvenuta conoscenza delle motivazioni. Un'altra impostazione ermeneutica, fatta propria dalla dottrina maggioritaria, ritiene invece corretto far decorrere il termine di decadenza a far data dalla conoscenza o effettiva conoscibilità delle motivazioni, in quanto solo a partire da tale momento potrà dirsi, da un lato, perfezionato l'iter di formazione dell'atto e, dall'altro, che il cittadino sia posto nelle condizioni di formulare idonei motivi di impugnazione, costringendo altrimenti lo stesso a proporre i c.d. “ricorsi al buio”. In tal modo, afferma l'orientamento in esame, si giungerebbe a svilire completamente il fondamento e la *ratio* dell'obbligo motivazionale, in virtù del quale, tra l'altro, dovrebbero evitarsi ricorsi giurisdizionali privi di qualsivoglia utilità per il cittadino. La giurisprudenza maggioritaria, tuttavia, sembra essere concorde con il primo dei due orientamenti analizzati. Evidente indizio in tal senso è il fatto che venga generalmente ammessa la motivazione postuma in corso di giudizio. A supporto di tale scelta, avallata a partire dalle modifiche introdotte con la l. 15/2005, viene avanzato l'interesse alla tutela di interessi generali superiori. Si afferma, infatti, che il giudizio amministrativo, essendosi trasformato da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto non può celarsi dietro fattori meramente formali e temporali impedendo l'effettiva conoscenza di tutti gli elementi rilevanti affinché il giudice possa decidere sulla questione controversa. A tal proposito, secondo l'orientamento in esame, non potrebbe prescindersi dal dato normativo di cui all'art. 21 octies, co. 2, l. 241/1990, laddove dispone che non è annullabile il provvedimento il quale, per la

natura vincolata dello stesso, non avrebbe potuto essere diverso da quello concretamente adottato. Si tratterebbe, secondo l'impostazione maggiormente attendibile, di una norma che, lungi dal degradare un vizio di legittimità a mera irregolarità, evita la declaratoria di annullamento di un atto per meri vizi formali. Ora, il fulcro della problematica in esame va rinvenuto proprio nella qualificabilità del vizio di motivazione quale vizio formale la cui sussistenza lascia aperte le porte all'applicazione dell'art. 21 octies nell'ipotesi di provvedimento vincolato. Ebbene, la questione viene risolta in maniera affatto univoca dalla giurisprudenza. Secondo una primo approccio interpretativo, come si è visto, l'art. 21 octies sarebbe senz'altro applicabile ove, pur in assenza di motivazione, l'atto, in quanto vincolato, non avrebbe potuto avere contenuto sostanzialmente differente. Parte della dottrina, pur sostenendo la richiamata ricostruzione, ritiene tuttavia necessario sottolineare che, proprio in quanto non si tratta della trasformazione di un'illegittimità in una mera irregolarità, non risulta nient'affatto precluso l'accesso alla tutela risarcitoria. Nel caso in cui, infatti, tale tutela fosse esclusa, la norma non potrebbe che sollevare dubbi di costituzionalità difficilmente superabili ai sensi degli art. 24 e 111, Cost., non potendosi ritenere ragionevole la preclusione di qualsivoglia tutela a fronte di un atto che è e rimane illegittimo, nonostante l'operatività dell'art. 21 octies, l. 241/1990. Va da sé che, nonostante la dottrina in esame sia mossa dal lodevole intento di garantire un equo contemperamento tra opposte esigenze, non risulta, secondo chi scrive, affatto semplice giungere ad un riconoscimento del risarcimento a fronte di un atto illegittimo per carenza di motivazione ma non annullabile ai sensi dell'art. 21 octies. Si ricorda, infatti, che, affinché possa essere riconosciuto il diritto al risarcimento, la parte ricorrente dovrà dimostrare tutti gli elementi costitutivi della fattispecie, quindi la condotta, l'evento lesivo ed il nesso eziologico tra questi ed il danno subito (sull'elemento soggettivo si rinvia a quanto da ultimo precisato dalla Corte di Giustizia con sent. 30 settembre 2010, C-314/09 ed all'analisi degli effetti della stessa in materia di risarcimento del danno). Di conseguenza, sebbene il sistema possa dirsi formalmente conforme a Costituzione, non può negarsi che, almeno con riferimento al vizio di motivazione, una volta ricondotto lo stesso a vizio meramente formale e, quindi, esclusa l'annullabilità dell'atto, ben difficilmente il cittadino potrà trovare soddisfazione attuando diverse forme di tutela.

La disamina sin qui svolta è parsa necessaria ed imprescindibile al fine di una effettiva comprensione dei dubbi di compatibilità della disciplina interna di cui agli artt. 3 e 21 octies, l. 241/1990 rispetto alla normativa comunitaria sollevati con l'ordinanza n. 330 del 28 settembre 2010 dalla Sezione Giurisdizionale della Corte dei Conti per la Regione Sicilia-Palermo. Con la citata ordinanza, infatti, il giudice contabile ha promosso rinvio pregiudiziale in ordine alla

conformità al diritto europeo della qualificazione del vizio di motivazione in termini di violazione meramente formale ed in ordine alla compatibilità comunitaria dell'interpretazione fatta propria dalla giurisprudenza amministrativa dell'art. 21 octies, co. 2 primo alinea della l. 241/1990, in relazione all'obbligo di motivazione dell'atto amministrativo sancito dall'art. 3 della medesima legge, in coerenza con l'obbligo di motivazione degli atti della pubblica amministrazione previsto dall'art. 296 comma 2 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dall'art. 41 comma 2 lett.c), della Carta sui diritti fondamentali dell'Unione europea ed all'art. 1 della legge 241/1990, ove si prevede l'obbligo dell'amministrazione di applicare i principi dell'ordinamento dell'Unione europea e, conseguentemente, si chiede alla Corte di Giustizia se sia compatibile ed ammissibile il riconoscimento della possibilità per l'amministrazione di integrare la motivazione del provvedimento amministrativo in sede processuale.

In effetti la giurisprudenza formatasi in materia in seno alla Corte di Giustizia non sembrerebbe lasciare spazio ad una qualificazione del vizio di motivazione in termini meramente formali. Tra le numerose pronunce citate dal giudice remittente particolarmente significativa si ritiene quella che stabilisce che *“La motivazione prescritta dall'art. 190 del Trattato (ora 296 TFUE), deve essere adeguata alla natura dell'atto. Essa deve far apparire in forma chiara e non equivoca l'iter logico seguito dall'autorità comunitaria da cui promana l'atto, onde consentire agli interessati di conoscere le ragioni del provvedimento adottato ed a permettere al giudice competente di esercitare il proprio controllo. La necessità della motivazione deve essere valutata in funzione delle circostanze del caso, in particolare del contenuto dell'atto, della natura dei motivi esposti e dell'interesse che i destinatari dell'atto o altre persone da questo riguardate direttamente e individualmente, possano avere a ricevere spiegazioni. La motivazione non deve necessariamente specificare tutti gli elementi di fatto e di diritto pertinenti, in quanto l'accertamento del se la motivazione di un atto soddisfi i requisiti di cui all'art. 190 del Trattato va effettuato alla luce non solo del suo tenore, ma anche del suo contesto e del complesso delle norme giuridiche che disciplinano la materia.....un difetto o **un'insufficienza di motivazione, rientra nella violazione delle forme sostanziali**, e costituisce un motivo di ordine pubblico che deve essere sollevato d'ufficio dal giudice comunitario, C-265/97 del 30/3/2000 VBA, Florimex/Commissione”*. Ebbene, laddove il giudice comunitario, avallando le prospettazioni proposte in materia di motivazione degli atti comunitari, disconosca la possibilità di qualificare il vizio di motivazione quale vizio meramente formale, si giungerebbe automaticamente a negare l'applicabilità dell'art. 21 octies, l. 241 /1990, il quale, secondo l'unanime orientamento della giurisprudenza, può trovare applicazione solo ed esclusivamente a

fronte della sussistenza di vizi formali del provvedimento amministrativo. Da ciò discenderebbe, ancora, l'inammissibilità di una motivazione successiva all'emanazione dell'atto e, a maggior ragione, in sede processuale. Tale sarebbe la conclusione auspicabile alla luce della *ratio* della normativa in materia di procedimento amministrativo, da rinvenire, in primo luogo, nella necessità di instaurare un rapporto paritario tra potere pubblico e privati cittadini, i quali, come si è sottolineato, solo conoscendo le reali ragioni di fatto e di diritto che hanno condotto ad una determinata decisione amministrativa potranno effettivamente scegliere se adire o meno l'autorità giurisdizionale competente per vedere tutelati i propri interessi. Solo così, in fondo, potrà darsi un reale contributo per lo smaltimento dell'imponente contenzioso che grava sulla giustizia amministrativa.

Marzo 2011- Dott.ssa Nadia Marina La Rana.